

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bjv.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2005-43

19 oktober 2005

Als vader de bedrijfsopvolging niet goed regelt, dan doet de kantonrechter dat wel. Erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Van mevrouw mr. I.M.W. van Schuppen, notaris te Driebergen-Rijsenburg, ontvingen wij een voor de estate planningspraktijk interessante beschikking van de kantonrechter te Utrecht van 12 oktober 2005.

De beschikking betrof de toepassing van artikel 4:38 BW. In dit artikel wordt aan de bedrijfsopvolger het – ‘andere wettelijke’ – recht toegekend om binnen één jaar na erflaters overlijden, de kantonrechter te verzoeken de rechthebbende op de onderneming te verplichten, deze over te dragen aan de verzoeker. De bedrijfsopvolger moet daarvoor wel een redelijke prijs betalen. De kantonrechter dient bij zijn beslissing wel een afweging te maken tussen het *zwaarwegende* belang van de verzoeker en het belang van de rechthebbende.

Terug naar de beschikking van de kantonrechter te Utrecht.

De casus was als volgt. De ondernemende erflater liet bij zijn overlijden in 2004 een echtgenote – met wie hij in gemeenschap van goederen was gehuwd – en vier kinderen achter. Bij testament had hij zijn echtgenote tot enige erfgenaam benoemd. Erflater dreef samen met twee van zijn kinderen een onderneming in de vorm van een vennootschap onder firma. De beschikking vermeldt voorts:

‘Tot het vennootschappelijke vermogen en mitsdien tot de nalatenschap behoren onder meer de goederen waarvan overdracht wordt verzocht.’

Het volgende deed zich – blijkbaar – voor. De erflater dreef met zijn beide kinderen – in de vorm van een v.o.f. – een onderneming. De vennootschap is door het overlijden van de erflater – geheel – ontbonden (art. 7A:1683 BW). Voortzettings- en vermogensbedingen ter continuering van de vennootschap na overlijden ontbraken kennelijk. Vermoedelijk was er geen vennootschapscontract. De nalatenschap bevatte ‘bedrijfsgoederen’, die als gevolg van erflaters testament – onder algemene titel – op de langstlevende echtgenoot overgingen. Zij wenste echter – zo meldt de beschikking – de onderneming *niet* voort te zetten.

De beide kinderen verzoeken binnen één jaar na erflaters overlijden aan de kantonrechter te Utrecht om de langstlevende te verplichten bedoelde bedrijfsgoederen aan hen over te dragen. De desbetreffende goederen waren onder meer het woonhuis en loodsen, een schuur en het – daarbij gelegen – terrein. Overigens werd het verzoek tot overdracht onder voorbehoud van te vestigen *rechten van gebruik en bewoning* gedaan. De verzoekers stellen ook een redelijke prijs voor, die is gebaseerd op een waardebepaling van de goederen die door twee taxateurs, onder wie één van de Belastingdienst, is uitgevoerd.

De kantonrechter wijst het verzoek toe met de volgende motivering:

‘Verzoekende partij heeft in voldoende mate aangetoond dat een zwaarwegend belang van hen wordt gediend door de verplichting tot overdracht van voormelde goederen, terwijl door vestiging van de rechten van gebruik en bewoning op het over te dragen woonhuis het belang van de rechthebbende niet (ernstig) wordt geschaad. Voorts is de aangeboden vergoeding redelijk te achten.’

Het is niet onwaarschijnlijk dat de kantonrechter te Utrecht de primeur voor de toepassing van artikel 4:38 BW heeft gehad. Ons is in ieder geval geen – eerdere – toepassing bekend.

Artikel 4:38 BW werd in de literatuur geen grote toekomst toegedicht. Het is immers een ‘erfrechtelijke correctieroute’, die niet bewandeld hoeft te worden als de erflater ervoor zorgt dat zijn onderneming bij de opvolger(s) terechtkomt, bijvoorbeeld met een *‘ondernemerstestament op maat’*. Overigens had een vennootschapsovereenkomst met een voortzettingsregeling in casu wellicht ook soelaas kunnen bieden.

De scepsis ten spijt, toont artikel 4:38 BW zich – in ieder geval voor deze casus – een nuttige opvolgingstool.

De kantonrechter is – zo leerde de Minister van Justitie ons in de Parlementaire Geschiedenis (Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, p. 25) – een grote mate van beleidsvrijheid toegedacht bij de toepassing van deze bepaling. Die ruimte heeft de kantonrechter te Utrecht in ieder geval benut. Zo is in het belang van de langstlevende echtgenoot voorzien door de te vestigen rechten van gebruik en bewoning op het woonhuis (Kamerstukken II 1997/98, 17 141, nr. 25, p. 18).

De vraag die echter blijft knagen, is waarom de langstlevende niet met de beide opvolgende kinderen ‘om tafel is gaan zitten’ om een koopovereenkomst met betrekking tot de onderneming te sluiten. Wat daarvan ook zij. Als de wil tot onderhandelen om welke reden dan ook ontbreekt, kan de kantonrechter met artikel 4:38 BW de bedrijfsopvolging veiligstellen. Dat heeft – afgezien van de verkrijging van de bedrijfsgoederen – bovendien nog verschillende prettige bijkomstigheden.

Wat is er namelijk aan de hand? De kantonrechter heeft niet slechts de bedrijfsopvolging geregeld, maar deelt met de toewijzing van het verzoek tevens de titel *‘krachtens erfrecht’* uit! Zoals u weet, het toegangsbewijs tot een ‘fiscaal walhalla’.

Denk om te beginnen maar eens aan de *inkomstenbelastinggevolgen* die het overlijden van de ondernemer teweeg zou – kunnen – hebben gebracht. Erflaters ‘Box I-onderneming’ werd door zijn overlijden gestaakt (art. 3.58 Wet IB 2001). Behoudens de eventuele toepassing van stakingsfaciliteiten, betekent staking dat over de stille reserves en goodwill afgerekend moet worden.

De langstlevende verkreeg de – subjectieve – onderneming van de erflater. Zou zij deze onderneming rechtstreeks voortzetten, biedt artikel 3.62 Wet IB 2001 haar – als verkrijger ‘krachtens erfrecht’ – de mogelijkheid tot geruisloze doorschuiving. De langstlevende zette evenwel niet voort! Dus zou afrekening het gevolg zijn.

De beide kinderen wilden wel voortzetten, maar hun kwam de onderneming door erflaters overlijden niet ‘krachtens erfrecht’ toe!

Het is de kantonrechter die na overlijden het felbegeerde predikaat ‘*krachtens erfrecht*’ aan de voortzetters uitdeelt, en daarmee de deur voor een geruisloze doorschuiving openzet. Aannemende dat de langstlevende geen voortzetter is geweest en de beide kinderen de onderneming rechtstreeks voortzetten. (Zie ook M.J. Hoogeveen, *Bedrijfsopvolging* (preadvies KNB 2005), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 59)

De langstlevende valt er fiscaal als het ware tussenuit, zij het dat zij wel een redelijke prijs voor de onderneming ontvangt. Overigens zal bij de bepaling van die prijs – vanzelfsprekend – wel rekening gehouden dienen te worden met de eventuele latente IB-schuld op de onderneming.

Zelfs als de IB-afrekening over de stakingswinst onvermijdelijk zou zijn, is er veel ‘gewonnen’ met artikel 4:38 BW. Wat immers te denken van de *overdrachtsbelasting* die verschuldigd zou zijn bij de verkrijging van de tot het ondernemingsvermogen behorende onroerende zaken? Voor de ‘familiale bedrijfsopvolging’ is de vrijstelling van artikel 15 lid 1 letter b Wbr beschikbaar, horen wij u denken. Daargelaten of de vrijstelling überhaupt in een casus als deze ingezet kan worden (zie vraag 9 van het besluit van 22 maart 2004, *Overdracht van een onderneming door (groot)ouders aan (klein)kinderen*, CPP2004/543M), moet hierbij wel worden aangetekend dat de vrijstelling beperkt is tot de goederen die behoren tot en dienstbaar zijn aan de onderneming van de ouder. De verkrijging van het woonhuis zou derhalve – rekening houdend met de te vestigen gebruiksrechten – sowieso met overdrachtsbelasting worden getroffen. De titel ‘krachtens erfrecht’ levert echter een uitgezonderde verkrijging op (art. 3 lid 1 letter a Wbr), zodat ons verdere ‘vragen’ bespaard blijven.

Maar er is nog meer! De overdracht ‘*onder voorbehoud van gebruiksrechten*’ roept immers tot waakzaamheid van iedere estate planner op. Het ‘gevaar’ van het fictieve legaat uit artikel 10 SW 1956 loert immers bij het overlijden van de langstlevende. Ware het niet dat de verkregen goederen waarop de gebruiksrechten komen te rusten, als gevolg van de kantonrechterlijke beschikking al ‘krachtens erfrecht’ van de ondernemende erflater zijn verkregen. Aan de fictie van artikel 10 SW 1956 komen we – gezien de uit artikel 4:38 BW voortvloeiende verplichting – dan in beginsel niet meer toe.

Het successierechtelijke beeld kan verder nog worden aangevuld met de mogelijke toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (zie *EstateTip* 2005-19), zij het dat de daarvoor benodigde heffingsgrondslag in casu waarschijnlijk bij de opvolgers ontbreekt (zie *EstateTip* 2004-05). Daar staat tegenover dat met de enige erfstelling van de langstlevende echtgenoot, haar successierechtelijke vrijstelling wel optimaal benut zal zijn (zie *EstateTip* 2005-10).

De voortzetters uit de onderhavige casus zijn op het eerste gezicht door het oog van de naald gekropen. Het ontbreken van een vennootschapscontract dan wel een testamentaire regeling had hun lelijk kunnen opbreken. De kantonrechter heeft hen ‘gered’ door met artikel 4:38 BW de bedrijfsopvolging ná overlijden te regelen. Daarmee heeft hij niet slechts een erfrechtelijke maar – als bijkomend voordeel – ook een fiscaalrechtelijke correctieroute geopend. Voor alle betrokkenen is het eind goed, al goed.

Tot volgende week!